

| | |
|------------------|--|
| Document | PJA 2000 p. 563 |
| Auteur | Samantha Besson |
| Titre | Conflits constitutionnels en Europe Une lecture de l'affaire C-285/98, Tanja Kreil c. République fédérale d'Allemagne |
| Publication | Pratique juridique actuelle |
| Editeur | Ivo Schwander |
| ISSN | 1660-3362 |
| Maison d'édition | Dike Verlag AG |

Conflits constitutionnels en Europe Une lecture de l'affaire C-285/98, Tanja Kreil c. République fédérale d'Allemagne

Samantha Besson, Docteur en droit (Fribourg), M. Jur. (Oxon), Visiting scholar (Columbia, New York)

Der vorliegende Aufsatz befasst sich mit der allgemein anerkannten Auffassung, dass es zu latenten oder effektiven Konflikten zwischen den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten und der EU kommen kann. Die Autorin gelangt zum Ergebnis, dass das Risiko, dass es zu solchen Konflikten kommt, keineswegs so gross ist, wie man es sich etwa vorstellt. Es bestehen verschiedene Mittel, solchen Konflikten sowohl vonseiten der nationalen Instanzen als auch vonseiten des EuGH vorzubeugen. Diese Schlussfolgerung zieht die Autorin einerseits aus ihrer Erörterung der Rechtssache Kreil und andererseits aus theoretischen Überlegungen zum Verhältnis zwischen Gemeinschaftsrechtsordnung und nationaler Rechtsordnung.

Die Rechtssache Kreil wirft die scheinbar konfliktträchtige Frage nach der Legitimität der Entscheidung des EuGH auf, nach welcher eine nationale Verfassungsgarantie, wonach auch der freiwillige Wehrdienst Frauen verboten ist, gegen Gemeinschaftsrecht und damit gegen nationales und internationales Recht verstosse, obgleich die oberste Verwaltungsgerichtsinstanz des Mitgliedstaates kurz zuvor die Rechtskonformität bestätigt hatte. Die Verfasserin vertritt die Auffassung, dass die Entscheidung des EuGH mangels eines echten Verfassungskonflikts gerechtfertigt war; denn eine restriktive, gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation des deutschen Grundgesetzes drängt sich auf, solange noch keine Revision des Grundgesetzes erfolgt ist, und dies sowohl aufgrund des nationalen Verfassungsrechts ebenso wie auch aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts, dies durchaus konform mit den Kriterien des Bestandes und der Zuständigkeit des nationalen Verfassungsrechts.

Die theoretische Grundlage des Verhältnisses zwischen Gemeinschaftsrechtsordnung und nationaler Rechtsordnung beruht hauptsächlich auf dem Prinzip des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts, welches heute nicht mehr ernsthaft bestritten wird. Die

Verfasserin legt ein theoretisches Modell vor, welches die Pflichtenkonflikte der obersten Gerichte zwischen dem Respekt gegenüber der nationalen Verfassungsordnung und dem Respekt gegenüber dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts zu lösen gestatten soll. Unter dem Gesichtspunkt der Integrationsziele der Gemeinschaft und der Realität der Beziehungen zwischen den beiden Rechtsordnungen kann heute nicht mehr von einer hierarchisch verstandenen Überordnung der einen oder anderen Rechtsordnung gesprochen werden, sondern nur mehr von einer Beziehung und Interaktion zwischen zwei gleichgestellten, aber trotz weitgehender Integration der einen in die andere, verschiedenen Rechtsordnungen -- dies im Sinne eines pluralistischen Verständnisses ihrer Beziehungen.

Die Verfasserin schliesst ihre Betrachtung mit einem pluralistischen Ansatz der innergemeinschaftlichen Interaktionen im Rahmen einer ganzheitlicheren Sicht der internationalen Rechtsordnung, welche das Risiko von Verfassungskonflikten reduzieren und, auf der Basis gegenseitiger Pflichten des internationalen Rechts, wie den Pflichten des Respekts, der Konvergenz und der Kooperation, durch die obersten nationalen Gerichte und den EuGH lösen lassen sollte.

PJA 2000 p. 563

Introduction*

Le titre de cet article suggère qu'il existe un risque, latent ou avéré, de conflits constitutionnels entre les ordres juridiques nationaux et communautaire. Par conflits constitutionnels, il faut entendre ici les éventuelles incompatibilités entre le respect de certains droits constitutionnels nationaux et celui de la primauté du droit communautaire, ainsi que les conflits de compétence dans ce domaine entre les cours constitutionnelles ou suprêmes nationales et la Cour de justice des Communautés européennes¹ (ci-dessous, la CJCE). Mon objet sera de démontrer que si ce risque existe bel et bien, il n'est nullement aussi important que l'on pourrait se le représenter, pour autant toutefois que l'on s'attelle à une re-conceptualisation du système communautaire qui ne recoure pas aux notions politiques traditionnellement réservées à la sphère étatique nationale².

* Je tiens à remercier Monsieur l'Avocat général Antonio La Pergola, Cour de Justice des Communautés Européennes, et son référendaire, Me Matteo Bay, de m'avoir donné l'occasion, lors de mon stage à la Cour au printemps 1999, de me pencher sur les différentes questions discutées dans cet article. Je revendique toutefois une pleine responsabilité pour toute opinion avancée dans cet article, ainsi que les erreurs de jugement qui y figureraient.

¹ J'omets à dessein de traiter des conflits de compétence juridictionnelle entre la Cour de Justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme et renvoie à ce sujet à I. Persaud, "The Reconstruction of Human Rights in the European Legal Order", in C. Gearty (édit.), *European Civil Liberties and the European Convention on Human Rights, A Comparative Study*, La Haye 1997, 347 ss. M. Ph. Wyss, "Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) auf dem Weg zu einer europäischen Grundrechtsverfassung", *AJP/PJA* 1995 285 ss. K. Lenaerts, "Fundamental Rights to be Included in a Community Catalogue", (1991) 16 *European Law Review* 367 ss. J. H. H. Weiler/A. Cassese/A. Clapham, *Human Rights and the European Community*, Baden-Baden 1991, Vol. II, 580 ss. P. Pescatore, "La Cour de Justice des Communautés européennes et la Convention Européenne des Droits de l'Homme", in F. Matscher/H. Petzold (édit.), *Protecting Human Rights The European Dimension*, Mélanges en l'honneur de G. J. Wiarda, Cologne 1988, 441 ss. Voir aussi S. Besson, *L'égalité horizontale l'égalité de traitement entre particuliers, Des fondements théoriques au droit privé suisse*, Fribourg 1999, 1140 ss avec références (S. Besson, 1999).

² Voir notamment sur le nouvel élan théorique et "théorisant du droit et des questions politiques européennes N. MacCormick (édit.), *Constructing Legal Systems "European Union" in Legal Theory*, Dordrecht 1997 J. Bengoetxea, "Institutions, Legal Theory and EC law", (1991) *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 195 ss. Cf. aussi plus récemment N. MacCormick, "Risking Constitutional Collision in Europe", (1998) 18 *Oxford Journal of Legal Studies* 517 ss (N. MacCormick, 1998) critiquant D. R. Phelan, *Revolt or Revolution the Constitutional Boundaries of the European Community*, Dublin 1997 (D. R. Phelan, 1997). Voir encore dans le même ordre d'idées J.-P. Müller, *Der politische Mensch, Menschliche Politik*, Bâle 1999, 155 s. (J.-P. Müller, 1999).

Parmi les nombreux cas qui ont suscité l'inquiétude dans ce contexte, j'ai choisi d'analyser les enjeux constitutionnels d'une affaire qui a été traitée récemment par la CJCE cette affaire oppose une citoyenne allemande, Madame Tanja Kreil, à la République fédérale d'Allemagne³ (ci-dessous, l'affaire Kreil).

Dans cette affaire, Mme Kreil considère avoir été l'objet d'une discrimination directe en raison de son sexe par la décision de rejet de sa demande d'engagement volontaire aux services de maintenance électronique de l'armée allemande (Bundeswehr) cette décision se fonde en effet sur le motif que le droit allemand exclut totalement les femmes de toutes les fonctions impliquant l'utilisation d'armes dans l'armée. Accusé d'avoir violé le droit communautaire, le gouvernement allemand estime que son droit national est conforme tout aussi bien au droit constitutionnel interne qu'au droit européen il considère en effet, d'une part, que

PJA 2000 p. 563, 564

les questions de défense relèvent uniquement de la sphère de souveraineté des Etats membres et, d'autre part, qu'à supposer que le droit communautaire s'applique aux forces armées, les dispositions nationales en cause sont justifiées en vertu des dérogations que ménage le droit communautaire en matière de discrimination⁴.

Au-delà du problème essentiel du respect du droit antidiscriminatoire européen, notamment dans le domaine sensible de la défense nationale⁵, la question qui va m'occuper dans cet article est celle du conflit potentiel entre les exigences égalitaires quasi-constitutionnelles⁶ de l'Union européenne et une garantie constitutionnelle allemande interdisant le service militaire volontaire des femmes excepté dans les corps musicaux et sanitaires. En d'autres termes, est-il légitime pour la CJCE de déclarer une garantie constitutionnelle nationale contraire au droit communautaire et, par là, contraire au droit national et international, alors que la plus haute juridiction administrative allemande a récemment confirmé sa validité en droit national⁷?

L'affaire Kreil revêt un intérêt tout particulier pour la question des conflits constitutionnels et ce pour diverses raisons.

D'une part, la question des conflits de compétence constitutionnelle est très sensible en Allemagne puisque la relation entre les compétences communautaires et nationales en matière de droits fondamentaux a beaucoup occupé la juridiction constitutionnelle nationale jusqu'à, et même après la ratification du Traité de Maastricht cette situation rend les conséquences de l'analyse du cas qui nous occupe d'autant plus appréciables.

D'autre part, il faut noter que la procédure de saisine de la CJCE dans l'affaire Kreil est celle du renvoi préjudiciel au sens de l'art. 177 du Traité CE (devenu art. 234 CE)⁸ cette procédure établit une répartition particulière des compétences constitutionnelles en ce qu'une juridiction nationale de dernière instance appelée à résoudre une question de droit communautaire est tenue tout d'abord de saisir la CJCE d'une question préjudicielle. La réponse que donne la CJCE à cette question dans son arrêt est ensuite renvoyée à la juridiction nationale qui rendra son jugement de suivi en application de son droit national, mais en prenant en compte la décision communautaire une telle procédure peut par conséquent aisément confronter la juridiction nationale à un conflit

³ Voir les conclusions de l'Avocat général A. La Pergola du 26.10.1999 et l'arrêt de la CJCE du 11.1.2000 dans l'affaire C-285/98, Tanja Kreil c. République fédérale d'Allemagne, Rec. 2000 I à paraître.

⁴ Voir l'arrêt de la CJCE dans l'affaire Kreil, pt 12.

⁵ Voir notamment l'émotion qui a entouré l'arrêt de la CJCE du 26.10.1999 dans l'affaire C-273/97, Sirdar, Rec. 1999 I à paraître.

⁶ Cf. C. Docksey, "The Principle of Equality Between Women and Men as a Fundamental Right Under Community Law", (1991) 20 Industrial Law Journal 33 ss qui parle d'un "open-ended constitutional code afin de désigner l'ensemble des directives communautaires sur l'égalité. Sur la formation d'un "droit constitutionnel européen, cf. notamment S. Besson, 1999, (n. 1) 1137 ss avec de plus amples références bibliographiques.

⁷ Voir l'arrêt "Sanitätsdienst du 30.1.1996, BVerwGE 103, 301, NJW 1996, 2173.

⁸ Sur le mode de citation des articles des Traités communautaires, cf. la Note informative sur la citation des articles des Traités dans les textes de la Cour et du Tribunal, du 1.5.1999.

d'obligations entre ses obligations de droit constitutionnel interne et celles qui découlent de la primauté du droit communautaire.

Finalement, l'affaire Kreil présente certaines caractéristiques de droit national qui permettent d'entrevoir une solution nationale à un éventuel conflit de compétence constitutionnelle, dans un premier temps, ainsi qu'une solution communautaire qui est conforme au droit constitutionnel allemand, dans un deuxième temps c'est cette dernière dimension de l'affaire qui en fait son intérêt tout particulier dans un contexte où les différentes parties ont tendance à exagérer les risques de conflits.

Pour mieux saisir l'intérêt des différentes solutions nationales et communautaires en jeu, il convient tout d'abord d'établir, dans une première partie, le cadre théorique de la question des conflits constitutionnels entre ordres juridiques communautaire et nationaux (I.). La deuxième partie de cet article est consacrée aux questions de droit national, de droit communautaire et, enfin, de droit national en matière de reconnaissance d'une décision communautaire que soulève l'affaire Kreil (II.). Quant à la troisième partie, elle présente, en tirant les conséquences de l'analyse de l'affaire Kreil, l'ébauche d'un nouveau cadre théorique pour la conceptualisation des relations entre les ordres juridiques communautaire et nationaux (III.).

I. Le cadre théorique

Afin de mieux comprendre quels sont les intérêts en cause de part et d'autre d'un conflit constitutionnel, il convient de rappeler quelques éléments au sujet de la nature de l'ordre juridique communautaire. Il s'agit brièvement et principalement d'identifier la nature d'un ordre juridique nouvellement fondé dans un environnement international principalement composé à l'origine d'entités nationales, d'une part, et d'organes internationaux stricto sensu, d'autre part.

La CJCE a établi, très tôt dans le développement judiciaire du droit communautaire, que l'ordre juridique communautaire est davantage qu'un simple système international et constitue un véritable ordre juridique sui generis⁹. Le droit communautaire s'est vu reconnaître par la suite non seulement un effet direct dans certains cas, mais surtout la primauté sur tous les niveaux du droit national contraire, entraînant ainsi, selon certains, une forme de transfert de souveraineté de la part des Etats membres à la Communauté¹⁰. Même si l'ordre juridique communautaire repose encore sur certaines bases "internationales, comme le

PJA 2000 p. 563, 565

démontre l'importance des traités pour ses modifications et élargissements successifs, la conception sui generis est aujourd'hui désormais centrale au développement communautaire historiquement, cela découle principalement d'une forte volonté d'intégration économique¹¹, mais cette volonté est devenue désormais clairement politique.

D'aucuns considèrent aujourd'hui cette conception comme trop limitative des souverainetés nationales et tentent de la remettre fondamentalement en cause en attaquant sa dimension par trop fédéraliste et en présentant des modes internationaux de fonctionnement de l'Union dont les conséquences sur les souverainetés nationales seraient moins rigoureuses¹².

Un des principaux arguments avancés à l'encontre de la conception sui generis de l'ordre juridique communautaire se fonde sur la nature controversée de la compétence qu'ont les organes communautaires, dont la CJCE, de se prononcer sur leur propre compétence¹³ (Kompetenz-Kompetenz). Cet argument met en cause l'autorité des

⁹ Cf. notamment les affaires C-26/62, Van Gend en Loos c. Nederlandse Aministratie der Belastingen, Rec. 1963 I 1 C-6/64, Costa c. ENEL, Rec. 1964 I 585 C-106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal, Rec. 1978 I 629.

¹⁰ Cf. l'affaire précitée Costa c. ENEL, 593 s.

¹¹ N. MacCormick, 1998, (n. 2) 526.

¹² Cf. principalement D. R. Phelan, 1997, (n. 2) 23 ss, 26-27.

¹³ Je laisse à dessein de côté la question de la légitimité démocratique de la création judiciaire du droit communautaire, qui est une question propre à l'ordre intérieur du système juridique

jugements de la CJCE portant sur la nature de l'ordre juridique communautaire sur la base de la nature douteuse de l'autorité qu'aurait la CJCE elle-même pour rendre de tels jugements établir cette autorité impliquerait en effet que l'on ouvre à nouveau le débat sur l'interprétation des traités que la CJCE est considérée avoir clos en affirmant l'autonomie du droit communautaire¹⁴.

L'argument selon lequel le développement sui generis de l'ordre juridique communautaire est infondé et transfère de manière illégitime la souveraineté constitutionnelle des Etats membres à la CJCE ne saurait être soutenu.

Cet argument repose en effet, premièrement, sur l'absence de consentement exprès des Etats membres ce raisonnement ne peut s'appliquer par conséquent ni aux Etats qui ont adhéré alors que cette jurisprudence faisait déjà partie de l'acquis communautaire ni aux autres Etats puisqu'à de nombreuses occasions une révision ad hoc des Traités fondateurs dans l'une ou l'autre direction aurait été possible¹⁵.

Deuxièmement, le pouvoir de la CJCE d'interpréter le droit communautaire et de lier les Etats membres par cette interprétation comprend certes la compétence d'interpréter les normes qui lui confèrent cette compétence interprétative, mais cette "compétence-compétence" pourrait a priori n'être considérée que comme interprétative par opposition à une compétence créative du droit¹⁶.

Finalement, l'ordre juridique communautaire n'est pas le seul à présenter certaines caractéristiques de développement sui generis en fondant son autorité sur sa propre interprétation de cette dernière en effet, les ordres juridiques nationaux ont pour condition de leur légitimité le respect du constitutionnalisme. Selon ce principe, ils doivent pouvoir fonder leurs compétences institutionnelles sur certaines normes constitutionnelles. Le paradoxe provient toutefois à nouveau du fait que l'une des premières fonctions de ces institutions est d'interpréter le sens exact des normes constitutionnelles, soit des normes qui justifient leur fonction¹⁷. Le paradoxe s'estompe cependant un peu dans la mesure où un ordre juridique, qu'il soit international ou national, ne dépend pas uniquement de l'existence de normes constitutionnelles pour asseoir sa légitimité, mais aussi d'autres facteurs comme son efficacité en pratique.

Par conséquent et au vu de la faiblesse des arguments avancés à l'encontre du système de fonctionnement sui generis de l'ordre juridique communautaire, la seule question qui demeure est celle de savoir comment gérer au mieux le risque de conflits de compétences constitutionnelles et leur délimitation dans l'état actuel du développement de l'ordre juridique communautaire.

S'il est vrai que la plus haute autorité au sein de tout ordre normatif ne peut souvent trouver d'autre confirmation de son autorité que celle qui découle de sa propre jurisprudence¹⁸, l'enjeu en matière communautaire est plus crucial puisque la CJCE n'est pas la seule autorité à prétendre au dernier mot sur certaines questions les juridictions suprêmes des différents Etats membres ont en effet certaines attentes démocratiques¹⁹ à être considérées comme dernière instance dans certains domaines

communautaire, pour me concentrer sur la question du conflit extérieur entres obligations nationales et communautaires. Sur le rôle de la CJCE dans le développement du droit européen, voir notamment G. Mancini/D. Keeling, "Democracy and the European Court of Justice", (1994) 57 *Modern Law Review* 175 ss J. Bengoetxea, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice Towards a European Jurisprudence*, Oxford 1993 K. Lenaerts, "Some Thoughts About the Interaction Between Judges and Politicians", (1992) 93 *University of Chicago Legal Forum* 93 ss A. O'Neill, *The Government of Judges, The Impact of the European Court of Justice on the Constitutional Order of the United Kingdom*, EUI Working Paper Law No 93/3 M. Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, Aix-Marseille 1990 F. Rigaux, *La loi des juges*, Paris 1997.

¹⁴ N. MacCormick, 1998, (n. 2) 520.

¹⁵ N. MacCormick, 1998, (n. 2) 523.

¹⁶ Cf. n. 13.

¹⁷ N. MacCormick, 1998, (n. 2) 525.

¹⁸ Voir notamment G. Teubner, *Law as an Autopoietic System*, Oxford 1993.

¹⁹ Il convient de noter que la question est encore plus difficile dans les Etats où la juridiction suprême n'a pas le pouvoir de trancher les questions de constitutionnalité du droit au détriment du pouvoir législatif ce problème se poserait notamment en Suisse en cas d'adhésion à l'Union européenne (cf. art. 191 de la Constitution fédérale suisse et la jurisprudence du Tribunal fédéral

fondamentaux, comme par exemple la garantie des droits de l'homme, qui relèvent aussi bien de l'exercice légitime de la souveraineté nationale²⁰ que du champ d'application du droit communautaire²¹.

Les plus hautes juridictions nationales se heurtent donc souvent à un conflit d'obligations, en ce qu'elles sont partagées

PJA 2000 p. 563, 566

entre leurs devoirs d'autorité souveraine en matière de droits fondamentaux et leurs obligations internationales et communautaires de prendre en compte le droit communautaire et son interprétation par la CJCE elles devraient en effet accepter selon ces dernières la conception et la délimitation communautaires des responsabilités constitutionnelles de leur propre juridiction.

L'existence de ces conflits se vérifie dans la pratique constitutionnelle de certains Etats membres on pensera notamment aux différentes passes d'armes portant sur la constitutionnalité de l'avortement entre la CJCE et la Cour suprême irlandaise, à l'interprétation radicale de la part du Conseil constitutionnel français de la nature nationale de l'obligation des juridictions françaises de mettre en oeuvre le droit communautaire²² ou encore, comme nous le verrons, aux frictions répétées entre la Cour constitutionnelle allemande et la CJCE en matière de protection des droits fondamentaux.

En fin d'analyse, certains auteurs²³ considèrent que les cours constitutionnelles nationales doivent établir un mode de résolution de leur dilemme entre "révolution et "révolte selon ce dilemme, les juridictions nationales se verraient en effet contraintes de choisir entre la loyauté à la Communauté, et la "révolution qui suivrait un tel transfert de souveraineté, et la loyauté à leur constitution en tant qu'expression de la souveraineté populaire, et la "révolte contre la Communauté qui en découlerait.

En réponse à ce dilemme, Phelan propose d'introduire une règle communautaire selon laquelle l'intégration du droit communautaire en droit national se ferait dans les limites nécessaires à prévenir une "révolution en droit national, étant précisé que les limites de cette intégration devraient être déterminées uniquement par les instances constitutionnelles nationales en conformité avec le droit national²⁴. A noter que la mise en place d'une telle règle, bien que communautaire, n'est pas sans rappeler l'art. 23 par. 1 de la Constitution allemande²⁵ (ci-dessous, Grundgesetz ou GG) cet article fait en effet dépendre la coopération allemande dans l'Union et la reconnaissance de la compétence juridictionnelle communautaire de l'existence d'une protection des droits fondamentaux en droit communautaire qui puisse être considérée comme équivalente à

sur la violation de la Convention européenne des droits de l'homme par le droit suisse).

20 Sur la relation étroite entre l'exercice légitime de la souveraineté étatique et le respect des droits fondamentaux J.-P. Müller, 1999, (n. 2) 120, 132 ss, 140. Il est intéressant de remarquer que l'Union européenne, elle-même, fait du respect des droits fondamentaux une condition à l'adhésion de nouveaux Etats membres (cf. art. F du Traité CE (devenu art. 6 CE)), confirmant ainsi l'importance de la protection des droits fondamentaux pour la souveraineté nationale. Cf. toutefois sur l'évolution récente de la relation entre la souveraineté ou démocratie nationale et la justice ou protection des droits fondamentaux, et le risque de leur dissociation par la globalisation croissante et l'internationalisation de la protection des droits de l'homme à moins de redéfinir les concepts de souveraineté et de citoyenneté en fonction de ces niveaux de gouvernance multiples J. Cohen, "Changing Paradigms of Citizenship and the Exclusiveness of the Demos", (1999) 14 International Sociology 245 ss, 257 ss (J. Cohen, 1999).

21 L'art. 23 par. 1 de la Constitution allemande (ci-dessous, Grundgesetz ou GG) constitue un bon exemple de ce conflit entre le devoir de protection des droits fondamentaux en tant que noyau de la souveraineté nationale et l'étendue de la juridiction communautaire cet article fait dépendre, comme les arrêts Solange I, Solange II et le Maastricht-Urteil (cf. infra), la reconnaissance de la compétence communautaire, ainsi que tout transfert de souveraineté nécessaire, de la garantie des droits de l'homme par l'ordre juridique communautaire. Cf. à ce sujet J.-P. Müller, 1999, (n. 2) 140 s. qui se réfère à l'adage "nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet.

22 Cf. D. R. Phelan, 1997, (n. 2) passim.

23 Cf. en particulier D. R. Phelan, 1997, (n. 2) passim.

24 Cf. D. R. Phelan, 1997, (n. 2) 417 ss.

25 Cf. J.-P. Müller, 1999, (n. 2) 122 s.

celle qu'offre l'ordre juridique national, selon l'appréciation notamment de la Cour constitutionnelle allemande²⁶.

Les solutions radicales et hiérarchiques que suscitent les conflits constitutionnels européens sont, à mon avis, infondées et bien trop manichéennes pour être réalisables. La suite de cet article vise par conséquent à examiner, d'une part, un cas pratique éminemment conflictuel, a priori du moins, qui pourrait fournir un exemple intéressant d'une délimitation non-hiérarchique des compétences constitutionnelles communautaires et nationales. La dernière section de cet article, d'autre part, a pour but de présenter l'ébauche d'un nouveau cadre théorique qui tire les conséquences de l'analyse de l'affaire Kreil en proposant une conception de la structure politique européenne qui vérifie et consacre théoriquement une interaction profitable des ordres juridiques communautaire et nationaux.

II. L'affaire Kreil

L'analyse de l'affaire Kreil devrait permettre de mieux saisir les différentes étapes du raisonnement juridique au cours desquelles le risque de conflit constitutionnel, apparemment inévitable, peut être prévenu ou tempéré. A cet effet, il est intéressant d'examiner la situation juridique successivement en droit national (1.), en droit communautaire (2.) et, enfin, en droit national suite à la constatation par la CJCE de la violation du droit communautaire par la Constitution allemande (3.).

1. La question en droit national

L'Allemagne, comme l'Italie²⁷, par opposition à la France ou au Royaume-Uni qui connaissent l'exclusion de la femme de certains corps armés uniquement, exclut totalement

PJA 2000 p. 563, 567

les femmes de son armée²⁸. Les femmes ne sont admises que dans les corps musicaux et sanitaires de l'armée et ce sur une base purement volontaire. Cette unique exception permet à l'Allemagne de se conformer à la notion de "combattant du droit international public en n'autorisant la présence de femmes que dans les corps qui en cas de guerre ne sont pas considérés comme constitués de combattants.

L'exclusion des femmes de l'armée allemande figure à l'art. 1er par. 2 phr. 3 Soldatengesetz²⁹ (ci-dessous, SG) et à l'art. 3a Soldatenlaufbahnverordnung³⁰ (ci-dessous, SLV) ces deux dispositions se fondent sur l'art. 12a par. 4 Grundgesetz³¹ (ci-dessous, GG) selon lequel "si, en cas d'état de défense, les besoins en services civils des établissements sanitaires, des hôpitaux civils et des hôpitaux militaires fixes ne peuvent être satisfaits sur une base volontaire, les femmes âgées de dix-huit à cinquante-cinq ans révolus peuvent être affectées à ces services par une loi ou en vertu d'une loi. Elles ne peuvent en aucun cas être employées à un service armé.

Si l'on s'accorde sur la clarté de l'exclusion des femmes de l'obligation de servir l'armée (Pflichtdienst), les avis divergent sur celle du service volontaire des femmes (freiwilliger Dienst).

²⁶ Cf. J.-P. Müller, 1999, (n. 2) 141, pour qui cette règle s'appliquerait aussi à la Suisse et aux éventuels transferts de souveraineté que cette dernière serait appelée à opérer en cas d'adhésion à l'Union européenne il se fonde sur la pratique établie des Chambres fédérales qui restreint la liberté du pouvoir constituant sur la base du noyau intangible des droits de l'homme. Voir sur cette même idée L. Wildhaber, "Neues zur Gültigkeit von Initiativen", in A. Auer (édit.), *De la Constitution Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle 1996, 293 ss.

²⁷ Cf. cependant le Projet de loi visant à instituer un service militaire féminin du 29.9.1999 (Atto camera no 2970-B).

²⁸ "Waffendienst au sens large du terme cf. BVerwGE 49, 71.

²⁹ BGBl 1995 I, 1737.

³⁰ BGBl 1998 I, 326.

³¹ Il convient de remarquer que l'essentiel des arguments rassemblés ici se réfère à l'interdiction de l'art. 12a par. 4 GG uniquement l'exclusion de la SG se heurte en effet nécessairement au principe constitutionnel de l'égalité de rang supérieur (art. 3 par. 2 GG) et à la primauté du droit communautaire.

La jurisprudence récente³² et la doctrine majoritaire³³ allemandes continuent à soutenir la validité de l'exclusion totale des femmes du service obligatoire et volontaire. Elles invoquent les travaux préparatoires de l'art. 12a par. 4 GG, ainsi que son caractère de *lex specialis* par rapport au principe de l'égalité d'accès à l'activité professionnelle de l'art. 12 par. 1 GG, de l'égalité d'accès au fonctionnariat de l'art. 33 par. 2 GG ainsi que plus généralement de l'égalité de traitement entre hommes et femmes consacrée à l'art. 3 par. 2 GG.

Pourtant, l'opposition³⁴ se fait toujours plus forte et de nombreux arguments de droit interne et de droit communautaire sont avancés.

Selon certains auteurs, s'il est vrai que l'art. 12a par. 4 GG jouit d'une nature de *lex specialis*³⁵ lui permettant de primer et de déroger à d'autres droits constitutionnels, cette nature ne saurait l'exempter d'une interprétation restrictive de sa validité au vu des art. 3 par. 2, 12 par. 1 et 33 par. 2 GG qui consacrent des droits fondamentaux essentiels, auxquels il n'est possible de déroger qu'avec prudence³⁶. L'art. 12a par. 4 GG doit en effet être considéré dans son contexte, à savoir en tant que restriction directe au principe de l'égalité de traitement³⁷.

Un deuxième argument en faveur d'une interprétation restrictive de l'art. 12a par. 4 GG qui soit "conforme au reste du droit constitutionnel allemand"³⁸ découle du fait qu'il ne s'agit pas d'un droit fondamental au sens strict contrairement aux droits qu'il restreint³⁹. Il doit donc être interprété plus strictement lorsqu'il restreint des droits fondamentaux supérieurs. Un indice de son rang inférieur découle notamment du fait qu'il peut être amendé et qu'il ne tombe pas par conséquent sous le coup des limites à la révision de la Constitution allemande de l'art. 79 GG⁴⁰.

Finalement, l'art. 12a par. 4 GG doit être lu dans le contexte de l'art. 12a GG et interprété systématiquement en conséquence. Cet article doit donc être considéré comme se référant à la question du service militaire obligatoire uniquement et l'exclusion des femmes se limiterait à cette hypothèse⁴¹.

Puisque l'art. 12a par 4 GG constitue une restriction grave d'autres droits fondamentaux et notamment de l'égalité de traitement, il convient de vérifier s'il existe des justifications objectives des discriminations qu'il entraîne⁴² il s'agit donc d'examiner sa *ratio legis*⁴³. Plusieurs objectifs peuvent être avancés afin de justifier la différence de

³² BVerwGE 103, 301 du 30.1.1996, NJW 1996, 2173 ss.

³³ Cf. notamment R. Scholz, in T. Maunz/G. Duerig/R. Herzog (édit.), *Grundgesetz, Kommentar*, Munich 1984, art. 12a 191 ss, 198, 203 (R. Scholz, 1984).

³⁴ Cf. M. Sachs, "Zur Bedeutung der grundgesetzlichen Gleichheitssätze für das Recht des öffentlichen Dienstes", ZBR 1994 133 ss, 139 J. Kokott, in M. Sachs (édit.), *Grundgesetz, Kommentar*, Munich 1999, art. 12a 4 (J. Kokott, 1999) M. Zuleeg, "Frauen in der Bundeswehr", *öffentliche Verwaltung* 1997 1017 ss (M. Zuleeg, 1997) U. Repkewitz, "Kein freiwilliger Waffendienst für Frauen", NJW 1997 506 ss (U. Repkewitz, 1997) D. Jarass/B. Pieroth, *Grundgesetz, Kommentar*, 4ème éd., Munich 1997, art. 12a 3.

³⁵ Cf. M. Zuleeg, 1997, (n. 34) 1017.

³⁶ Cf. J. Kokott, 1999, (n. 34) art. 12a 5 et 6 et M. Zuleeg, 1997, (n. 34) 1017.

³⁷ Cf. M. Zuleeg, 1997, (n. 34) 1018 s. L'art. 12a par. 4 GG entraîne en outre nombre de discriminations indirectes comme l'exclusion des femmes de l'accès aux postes de haut rang dans l'administration fédérale réservés aux anciens officiers ou à certains emplois civils réservés aux anciens soldats. Cf. U. Repkewitz, 1997, (n. 34) 506 avec références K. Bertelsmann/V. Rust, *Equality in Law between Men and Women in the European Community -- Germany*, Survey de la Commission européenne, Dordrecht 1995, 53 s.

³⁸ "Harmonisierende Auslegung, cf. J. Kokott, 1999, (n. 34) art. 12a 6.

³⁹ Cf. M. Zuleeg, 1997, (n. 34) 1023.

⁴⁰ Cf. R. Scholz, 1984, (n. 33) art. 12a 208.

⁴¹ Cf. M. Zuleeg, 1997, (n. 34) 1018.

⁴² Sur la possibilité de justifier une discrimination directe en droits national et communautaire, voir S. Besson, 1999, (n. 1) n. 1375 ss avec références.

⁴³ Cf. J. Kokott, 1999, (n. 34) art. 12a 6 et M. Zuleeg, 1997, (n. 34) 1019.

traitement des femmes dans l'armée allemande, mais aucun ne parvient à légitimer suffisamment l'atteinte faite à l'égalité⁴⁴.

Premièrement, la protection de la femme. Cette justification constitue l'argument principal de l'Allemagne dans l'affaire Kreil les dispositions adoptées afin d'empêcher

PJA 2000 p. 563, 568

les femmes de participer comme par le passé aux actions militaires s'expliquent "par l'intention de veiller à ce qu'en aucun cas, elles ne soient exposées au feu de l'ennemi en tant que combattants⁴⁵.

Outre le fait que la protection d'un individu contre lui-même est une notion inconnue du droit allemand⁴⁶, vouloir prévenir la femme de s'engager volontairement dans l'armée revient à nier son indépendance morale de manière quasi-paternaliste⁴⁷. Cette tendance se révèle ailleurs au sein du droit anti-discriminatoire allemand qui se caractérise par une tendance protectionniste de la femme et ne consacre pas une conception neutralisante de l'égalité telle qu'elle prévaut généralement en droit communautaire⁴⁸. Cet argument de protection se heurte en outre à la présence de femmes dans la police allemande⁴⁹, ainsi que dans les corps de sapeurs pompiers⁵⁰, qui comme l'armée font encourir des risques certains aux femmes.

Deuxièmement, les différences biologiques. Cet argument ne saurait justifier une exclusion totale des femmes, surtout dans une armée moderne. La guerre a changé de nature et peu de fonctions requièrent aujourd'hui dans l'armée des forces et des qualités biologiques que les femmes n'ont pas⁵¹.

En l'absence d'objectifs valables permettant de justifier une restriction aussi grave à l'égalité de traitement que celle que constitue l'exclusion des femmes du service militaire obligatoire et volontaire, il est légitime en droit national d'interpréter l'art. 12a par. 4 GG de manière conforme aux art. 3 par. 2 et 33 par. 2 GG en le limitant à l'exclusion des femmes du service obligatoire, sous réserve d'éventuelles exceptions quant aux tâches que les femmes ne sauraient accomplir en vertu de leur nature spécifique⁵². Une révision de la Constitution aux fins d'adapter la lettre de l'art. 12a par. 4 GG aux nouvelles conditions sociales et à son interprétation restrictive devrait aussi être réservée⁵³.

2. La question en droit communautaire

De même que l'exclusion des femmes de l'armée allemande restreint l'égalité entre hommes et femmes des art. 3 par. 2 et 33 par. 2 GG, de même constitue-t-elle une

44 Cf. principalement M. Zuleeg, 1997, (n. 34) 1019 s.

45 Cf. les conclusions de l'Avocat général A. La Pergola dans l'affaire Kreil, pt 12.

46 Cf. U. Repkewitz, 1997, (n. 34) 506.

47 Cf. J. Kokott, 1999, (n. 34) art. 12a 6.

48 Cf. T. Hervey, "Equal Treatment of Men and Women in the Work Place The Implementation of the European Community's Equal Treatment Legislation in the Federal Republic of Germany", (1990) American Journal of Comparative Law 31 ss. Cf. aussi BVerfGE 85 191 ss du 28.1.1992 sur le travail de nuit. Cf. les affaires C-184/83, Hofmann, Rec. 1984 I 3047 et C-345/89, Stoeckel, Rec. 1991 I 4047. Cf. encore la condamnation récente de l'Allemagne par l'arrêt de la CJCE du 3.2.2000 dans l'affaire C-207/98, Mahlburg, Rec. 2000 I à paraître dans son arrêt la CJCE considère qu'est contraire au droit anti-discriminatoire communautaire la législation allemande de protection de la maternité qui interdit l'embauche d'une femme enceinte dans certaines circonstances, même dans le cadre d'un contrat de travail de durée indéterminée.

49 Cf. M. Zuleeg, 1997, (n. 34) 1020.

50 Cf. BVerfGE 92, 91 du 24.1.1995, dans lequel la Cour constitutionnelle allemande a jugé l'exclusion des femmes des corps de sapeurs pompiers de certains Länder allemands contraire à l'art. 3 par. 2 GG.

51 Cf. l'arrêt de la CJCE dans l'affaire précitée Sirdar M. Zuleeg, 1997, (n. 34) 1019.

52 Cf. M. Zuleeg, 1997, (n. 34) 1020 s. U. Repkewitz, 1997, (n. 34) 508.

53 Cf. H. Osterloh, in M. Sachs (édit.), Grundgesetz, Kommentar, Munich 1999, art. 3 270 (H. Osterloh, 1999) M. Zuleeg, 1997, (n. 34) 1023.

violation injustifiée de l'égalité des sexes de l'art. 2 de la Directive 76/207/CEE⁵⁴, en tant que discrimination directe en raison du sexe. Telle est aussi la conclusion à laquelle l'Avocat général La Pergola et la CJCE sont récemment parvenus, pour des motifs analogues de surcroît⁵⁵.

Quant à l'applicabilité de la Directive 76/207/CEE, tout d'abord, l'emploi dans les forces armées tombe sous le coup du concept étendu de "travailleur de l'art. 1 par. 1 de la directive. S'il appartient certes aux Etats membres de prendre les décisions relatives à l'organisation de leurs forces armées dans le cadre de l'établissement des différentes mesures de sécurité publique intérieure et extérieure⁵⁶, il n'en résulte pas que ces décisions doivent échapper totalement à l'application du droit communautaire⁵⁷.

Premièrement, les questions de défense nationale ou de sécurité publique extérieure peuvent en effet, au même titre que les questions de sécurité publique intérieure⁵⁸, entrer dans le champ d'application de la directive⁵⁹. Deuxièmement, l'art. 224 du Traité CE (devenu art. 297 CE), comme les autres dérogations du traité applicables en cas de situations susceptibles de mettre en cause la sécurité publique, ne constitue pas une exception générale et immanente en faveur des questions de sécurité et de défense nationales⁶⁰. Finalement, la plupart des dérogations prévues par le traité ne concernent que la libre circulation des marchandises, des personnes et des services et non les dispositions sociales du droit communautaire, dont le principe d'égalité entre

PJA 2000 p. 563, 569

hommes et femmes qui a une portée générale et s'applique aussi aux rapports d'emploi dans le secteur public⁶¹.

La question suivante est celle de savoir si l'exclusion de l'art. 12a par. 4 GG est couverte par l'une des deux exceptions de l'art. 2 par. 2 et 3 de la Directive 76/207/CEE, qui sont d'interprétation stricte⁶². La justification de l'exclusion des femmes de l'armée avancée par l'Allemagne se réfère à l'objectif politique consistant à garantir que les femmes ne seront, en aucun cas, exposées au feu de l'ennemi, ni faites "prisonniers de guerre en tant que combattantes, cela en raison de l'histoire de l'Allemagne au cours de ce siècle.

Premièrement, l'art. 2 par. 3 de la Directive 76/207/CEE énonce que "la présente directive ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité.

L'art. 2 par. 3 se limite à admettre les exceptions fondées sur la protection de la condition biologique de la femme ou les rapports particuliers entre la femme et son enfant⁶³. En l'occurrence, la dérogation ne trouve pas application puisque les dangers généraux de la guerre auxquels la femme serait exposée en tant que combattante, et que l'Allemagne cherche à éviter en excluant la femme des corps armés, sont les mêmes que ceux auxquels un homme serait confronté⁶⁴ et sont donc distincts de besoins de protection spécifiques de la femme⁶⁵.

⁵⁵ Voir les conclusions dans l'affaire Kreil du 26.10.1999 et l'arrêt du 11.1.2000. Je précise ici que ma présentation du droit communautaire sur la question est plus détaillée que la motivation de l'arrêt de la CJCE et correspond davantage en cela, bien que structurée différemment, aux conclusions de l'Avocat général.

⁵⁶ Voir l'arrêt de la CJCE dans l'affaire précitée Sirdar, pt 15.

⁵⁷ Voir l'arrêt de la CJCE dans l'affaire Kreil, pts 15 ss.

⁵⁸ Cf. en matière de sécurité publique intérieure affaire C-222/84, Johnston, Rec. 1986 I 1651 pt 35.

⁵⁹ Voir l'arrêt de la CJCE dans l'affaire précitée Sirdar, pts 16-17.

⁶⁰ Voir l'arrêt de la CJCE dans l'affaire Kreil, pt 16. Voir aussi l'arrêt de la CJCE dans l'affaire précitée Sirdar, pts 11 ss, 16 cf. M. Zuleeg, 1997, (n. 34) 1022. Voir aussi la note 9 des conclusions de l'Avocat général dans l'affaire Kreil.

⁶¹ Voir l'arrêt de la CJCE dans l'affaire Kreil, pt 18. Telle est aussi l'opinion de la Commission européenne voir l'arrêt de la CJCE dans l'affaire Kreil, pt 14.

⁶² Voir l'arrêt de la CJCE dans l'affaire Kreil, pt 20. Voir aussi les affaires précitées Johnston, pt 36 et Sirdar, pt 23.

⁶³ Cf. les affaires précitées Hofmann, pts 25-26 et Johnston, pt 44.

⁶⁴ Cf. M. Zuleeg, 1997, (n. 34) 1023.

⁶⁵ Voir l'arrêt de la CJCE dans l'affaire Kreil, pts 30-31.

Quant à la possibilité d'étendre la portée de l'expression "protection de la femme au-delà des conditions strictement biologiques afin de couvrir certains impératifs généraux de protection de la femme d'ordre social, culturel et politique, la CJCE a toujours rejeté les arguments en ce sens avancés par certains Etats membres⁶⁶. Par une interprétation restrictive, la CJCE exclut en effet notamment du champ d'application de la dérogation de l'art. 2 par. 3 le motif que "l'opinion publique (ou toutes autres considérations semblables) exigerait que (les femmes) soient davantage protégées que les hommes contre des risques qui concernent les hommes et les femmes de la même manière et qui sont distincts des besoins de protection spécifiques de la femme tels que les besoins expressément mentionnés⁶⁷. Cette position découle, à mon avis, principalement du principe de la protection de l'effet utile du droit communautaire ce principe proscriit toute interprétation du droit communautaire qui le priverait de son sens systématique originel.

En outre, alors que le paragraphe 2 de l'art. 2 couvre les effets que, dans l'exercice d'une activité professionnelle déterminée, le sexe a sur les personnes autres que la travailleuse (ou le travailleur), le paragraphe 3 de l'art. 2 a, lui seul⁶⁸, pour objet l'effet qu'un travail particulier a sur la travailleuse elle-même⁶⁹. Il serait donc également contraire au droit communautaire d'étendre les exceptions à l'égalité visant la protection de la femme au-delà du champ d'application strictement biologique de l'art. 2 par. 3 par le biais de l'art. 2 par. 2 de la Directive 76/207/CEE⁷⁰.

Par ailleurs, une lecture combinée de l'art. 2 par. 2 et de l'art. 9 par. 2 de la Directive 76/207/CEE ne permet pas davantage de contourner les limites très restrictives de l'exception de l'art. 2 par. 3 quant à la protection de la femme⁷¹. Selon l'art. 9 par. 2, les Etats membres doivent périodiquement apprécier s'il est justifié de maintenir les discriminations admises au titre de l'art. 2 par. 2 "compte tenu de l'évolution sociale⁷². Cette disposition vise uniquement à encourager la réduction des discriminations en place et non pas à les accroître en vertu d'"impératifs sociaux ou culturels de protection de la femme. De plus, la référence à l'évolution sociale doit être interprétée dans un sens positif de promotion de l'égalité et non pas dans un sens restrictif de l'égalité⁷³.

Deuxièmement, l'art. 2 par. 2 de la Directive 76/207/CEE énonce que "la présente directive ne fait pas obstacle à la faculté qu'ont les Etats membres d'exclure de son champ

PJA 2000 p. 563, 570

⁶⁶ Voir notamment les conclusions de l'Avocat général M. Darmon dans l'affaire précitée Johnston, 1672, pt 9 et la position contraire de la CJCE dans la même affaire, pts 36-38 affaire C-312/86, Commission c. France, Rec. 1987 I 6322.

⁶⁷ Cf. l'affaire précitée Johnston, pt 44.

⁶⁸ Cf. dans le même sens, l'affaire précitée Johnston, pt 36 "on ne saurait exclure la possibilité que (...) le port d'armes à feu par des femmes puisse créer des risques supplémentaires d'attentats sur elles et puisse dès lors être contraire aux exigences de la sécurité publique. (mis en italique par l'auteur). Contra H. Fenwick, "Special protections for Women in European Union Law", in T. Hervey/D. O'Keefe (édit.), *Sex Equality Law in the European Union*, Londres 1996, 63 ss (H. Fenwick, 1996), qui considère que la CJCE a voulu par là consacrer, dans le cadre de l'application de l'art. 2 par. 2 Directive 76/207/CEE, la protection de la femme contre certains dangers et non seulement ménager les exigences de la sécurité publique.

⁶⁹ Cf. C. Kilpatrick, "How long is a piece of string European regulation of the post-birth period", in T. Hervey/D. O'Keefe (édit.), *Sex Equality Law in the European Union*, Londres 1996, Ch. 6, n. 26.

⁷⁰ Cf. dans le même sens, les conclusions de l'Avocat général dans l'affaire Kreil, pt 23. Cf. aussi H. Fenwick, 1996, (n. 68) 79.

⁷¹ Voir l'affaire précitée Johnston, pts 36 et 44.

⁷² A noter que l'Allemagne ne semble pas avoir respecté la clause évolutive des art. 5 par. 2 let. c et 9 par. 2 de la Directive 76/207/CEE qui requièrent non seulement une adaptation graduelle des mesures discriminatoires nationales à l'évolution sociale, mais surtout la rédaction d'un rapport périodique à l'intention de la Commission faisant état de la justification actuelle des diverses dérogations par le droit allemand à la directive, rapport que l'Allemagne n'aurait plus déposé récemment. Cf. à ce sujet les conclusions de l'Avocat général dans l'affaire Kreil, pt 29.

⁷³ Voir dans le même sens les conclusions de l'Avocat général dans l'affaire Kreil, pts 20 ss.

d'application les activités professionnelles et, le cas échéant, les formations y conduisant, pour lesquelles, en raison de leur nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante.

L'art. 2 par. 2 pose pour condition la spécificité de l'activité pour laquelle l'exclusion de la femme se justifie la question de savoir si le sexe peut constituer un facteur déterminant dans le cadre de l'exercice d'activités professionnelles spécifiques doit être résolue en fonction de la "nature de ces activités ou de leurs "conditions d'exercice. Ces conditions recouvrent les "exigences qui sont déterminantes pour l'exercice de l'activité spécifique qui est en cause⁷⁴. En d'autres termes, pour admettre l'existence d'une exception à l'art. 2 par. 1 de la Directive 76/207/CEE, il convient de démontrer qu'il est nécessaire d'employer une personne d'un sexe à l'exclusion de l'autre⁷⁵.

En l'occurrence, une exclusion générale des femmes de toutes les unités combattantes, soit une exclusion quasi-totale des emplois dans l'armée allemande ne remplit évidemment pas cette condition⁷⁶ eu égard à la nature même des forces armées, le fait que le personnel servant dans ces forces puisse être appelé à utiliser des armes ne saurait justifier à lui seul l'exclusion des femmes de l'accès aux emplois militaires⁷⁷. Des dérogations plus précises qui prendraient en compte les conditions spécifiques d'une activité où le sexe constitue une condition d'exercice déterminante auraient pu être davantage justifiées⁷⁸.

Dans l'hypothèse toutefois où la CJCE avait rejeté ces arguments et jugé l'art. 12a par. 4 GG compatible avec la Directive 76/207/CEE, le juge national du renvoi aurait été tenu de vérifier néanmoins si le refus opposé à Mme Kreil pouvait effectivement être considéré comme justifié et conforme au principe de la proportionnalité⁷⁹. Selon ce principe, il convient de vérifier si, dans les circonstances de l'espèce, les mesures prises par les autorités nationales, dans l'exercice de leur marge d'appréciation en matière de sécurité publique⁸⁰, poursuivent en réalité le but de garantir la sécurité publique et si elles sont appropriées et nécessaires pour atteindre cet objectif⁸¹.

Conformément à l'examen du respect du principe de la proportionnalité de la CJCE dans son arrêt, il est possible de considérer deux arguments qui établissent sa violation dans le cas d'espèce⁸². Le premier argument se fonde sur la présence de nombreuses femmes dans les services administratifs de l'armée. Il est difficile de concevoir en effet comment ces femmes pourraient être épargnées par le feu de l'ennemi alors qu'elles sont sûrement destinées en diverses occasions à travailler aux côtés des militaires en cas de guerre comme l'a précisé le gouvernement allemand, il existe d'ailleurs dans les services de l'armée allemande ouverts aux femmes une initiation au maniement des armes, destinée à permettre au personnel de ces services de se défendre et de porter secours à autrui⁸³. Un deuxième argument, que j'ai déjà évoqué plus haut, est lié à la présence de femmes dans la police allemande ainsi que dans les corps de sapeurs pompiers de certains Länder allemands il est difficile à nouveau de voir en quoi ces activités diffèrent quant aux dangers auxquels elles exposent les femmes.

3. La question en droit national suite à l'établissement de la violation du droit communautaire

⁷⁴ Cf. L'affaire précitée *Commission c. France*, pts 11 ss, 28 affaire précitée *Johnston*, pts 36 ss.

⁷⁵ T. Hervey, *Justifications for Sex Discrimination in Employment*, Londres 1993, pt 4.2.1.3.

⁷⁶ Voir l'arrêt de la CJCE dans l'affaire *Kreil*, pt 27.

⁷⁷ Voir l'arrêt de la CJCE dans l'affaire *Kreil*, pt 28.

⁷⁸ Voir l'arrêt de la CJCE dans l'affaire précitée *Sirdar*, pts 27 ss, selon lequel les autorités nationales britanniques pouvaient faire usage de leur marge d'appréciation pour réserver exclusivement aux hommes l'accès aux Royal Marines en raison des conditions spécifiques d'intervention de ces unités commando d'assaut. Voir aussi l'arrêt de la CJCE dans l'affaire *Kreil*, pts 27-29.

⁷⁹ Cf. l'affaire précitée *Johnston*, pts 38-39.

⁸⁰ Voir les arrêts de la CJCE dans les affaires *Kreil*, pt 24 et *Sirdar*, pt 27.

⁸¹ Voir les arrêts de la CJCE dans les affaires *Kreil*, pts 23 ss et *Sirdar*, pt 28.

⁸² Voir les conclusions de l'Avocat général A. La Pergola dans l'affaire *Kreil*, pts 35 ss.

⁸³ Voir l'arrêt de la CJCE dans l'affaire *Kreil*, pt 28.

Il convient dans cette dernière section de considérer dans quelle mesure le droit allemand peut reconnaître la validité et les conséquences de la violation du droit communautaire par l'art. 12a par. 4 GG. Le juge national de renvoi, confronté à une décision préjudicielle constatant la violation du droit communautaire, est en effet lié par cette décision en vertu de la primauté du droit communautaire. Reste à savoir dès lors quels sont les moyens de droit national à sa disposition pour réconcilier sa compétence en matière de droit constitutionnel national, en vertu de laquelle la plus haute juridiction administrative allemande a décidé en 1996 que l'interdiction de l'art. 12a par. 4 GG était conforme au droit constitutionnel allemand⁸⁴, et la compétence de la CJCE qui a déclaré cette disposition contraire au droit communautaire, et par là contraire au droit national.

Nous avons vu plus haut qu'en droit allemand une interprétation restrictive de l'art. 12a par. 4 GG qui serait "conforme aux art. 3 par. 2, 12 par. 2 et 33 par. 2 GG et qui limiterait l'exclusion des femmes au service militaire obligatoire serait justifiée. Une interprétation de la Constitution allemande qui serait conforme à l'art. 2 par. 1 de la Directive 76/207/CEE, en vertu de la primauté du droit communautaire, ne semble par conséquent pas soulever, au fond du moins, de difficulté particulière le contenu de la directive est en effet analogue aux garanties constitutionnelles nationales de l'égalité de traitement.

Formellement, toutefois, l'interprétation d'un article constitutionnel allemand conforme à un droit issu d'une directive communautaire est une question qui s'insère au coeur du débat qui entoure l'existence d'un contrôle juridictionnel

PJA 2000 p. 563, 571

allemand des actes communautaires qui enfreindraient les droits fondamentaux de la Constitution allemande, en l'espèce les dérogations des paragraphes 2 et 3 de l'art. 2 de la Directive 76/207/CEE.

Cette controverse, suscitée à l'origine par l'arrêt "Solange I"⁸⁵, avait pourtant été ensuite réglée par l'arrêt "Solange II" dans lequel la Cour constitutionnelle allemande avait reconnu que l'ordre juridique communautaire tenait suffisamment compte des droits fondamentaux pour limiter le contrôle juridictionnel allemand des actes communautaires⁸⁶. Le "Maastricht-Urteil"⁸⁷ a toutefois relancé le débat en consacrant certes la coopération entre la juridiction constitutionnelle allemande et la CJCE, mais en réservant néanmoins le pouvoir des juridictions allemandes de casser certains actes communautaires contraires à la Constitution allemande. Cet arrêt n'a cependant pas une portée claire et il est encore largement controversé en doctrine, cela d'autant plus que récemment tout le débat a été ravivé dans le cadre du conflit dit "des bananes".

Il est possible d'avancer différents arguments à l'encontre de cette tendance conservatrice des juridictions allemandes et de la conception hiérarchique des relations entre ordres juridiques nationaux et communautaire qui l'inspire.

Premièrement, la sécurité juridique, l'autonomie et l'unité de l'ordre juridique communautaire seraient sérieusement mises en danger si une juridiction nationale pouvait revoir la validité constitutionnelle des actes communautaires de manière

⁸⁴ Voir l'arrêt "Sanitätsdienst du 30.1.1996, BVerwGE 103, 301, NJW 1996, 2173.

⁸⁵ Cf. l'arrêt Solange I, 1974 BVerfGE 37, 271, 285.

⁸⁶ Cf. l'arrêt Solange II, 1986 BVerfGE 73, 339, 387 "Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleistet, der (...) den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, (...) das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht (...) nicht mehr ausüben (werde).

⁸⁷ Arrêt du 12.10.1993, BVerfGE 89, 155, 174 s. "(...) dass ein wirksamer Schutz der Grundrechte für die Einwohner Deutschlands auch gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell sichergestellt (...) ist, zumal (er) den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt. Das Bundesverfassungsgericht sichert so diesen Wesensgehalt auch gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften.

concurrente à la CJCE⁸⁸. En effet, ignorer les obligations internationales respectives qu'ont les cours suprêmes des ordres juridiques communautaire et nationaux en reconnaissant aux juridictions nationales la compétence ultime et unilatérale de limiter l'application du droit communautaire en droit national⁸⁹ reviendrait à consacrer la fragmentation progressive du droit communautaire⁹⁰.

Deuxièmement, l'art. 23 par. 1 GG⁹¹, dans sa version actuelle, ancre dans la Constitution allemande certaines des conclusions de la jurisprudence "Solange-Maastricht" évoquée précédemment. Il prévoit la coopération de l'ordre juridique allemand, ainsi que le transfert de certains domaines de souveraineté allemande à la Communauté par le biais d'une loi nationale d'adhésion (Zustimmungsgesetz) cette loi lie la Cour constitutionnelle allemande⁹².

L'art. 23 par. 1 GG fixe certes certaines réserves démocratiques et de respect des droits fondamentaux au sens des art. 1 et 20 GG⁹³, mais, au vu de l'évolution récente de l'ordre juridique communautaire⁹⁴, il est possible de considérer que le respect des droits fondamentaux est désormais assuré de manière uniforme et suffisante dans la Communauté, notamment par la CJCE⁹⁵. Un contrôle constitutionnel national empêcherait même, paradoxalement, l'ordre juridique communautaire de remplir les conditions démocratiques d'Etat de droit requises par l'art. 23 par. 1 phr. 1 GG⁹⁶.

Troisièmement, quant à la réserve de l'art. 23 par. 1 phr. 3 GG en faveur de l'"irrévisibilité de la constitution prévue par l'art. 79 par. 3 GG, elle ne saurait se réduire à refuser tout risque de conflit entre la Constitution allemande et le droit communautaire elle vise bien plus à ce que les principes évoqués à l'art. 23 par. 1 phr. 1 GG soient respectés afin

PJA 2000 p. 563, 572

d'éviter que les conflits n'aboutissent à une révision de la constitution.

Finalement, comme le constate Zuleeg à juste titre⁹⁷, la question de l'absence de compatibilité de l'art. 12a par. 4 GG avec la Directive 76/207/CEE se résout même indépendamment de l'issue du débat qui vient d'être évoqué.

⁸⁸ Cf. M. Zuleeg, 1997, (n. 34) 1023 avec références.

⁸⁹ Voir la proposition discutée précédemment de D. R. Phelan, 1997, (n. 2) 417 ss.

⁹⁰ N. McCormick, 1998, (n. 2) 531.

⁹¹ La lettre de l'art. 23 par. 1 GG est la suivante "Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit (...). Der Bund kann hierzu (...) Hoheitsrechte übertragen. Für die Begründung der Europäischen Union sowie für Änderungen ihrer vertraglichen Grundlagen (...) gilt Art. 79 Abs. 2 und 3 (mis en italique par l'auteur).

⁹² Cf. M. Zuleeg, 1997, (n. 34) 1023 H. Streinz, in M. Sachs (édit.), Grundgesetz, Kommentar, Munich 1999, art. 23 41 ss (H. Streinz, 1999) R. Scholz, in T. Maunz/G. Dürig (édit.), Grundgesetz, Kommentar, Munich 1996, art. 23 4 (R. Scholz, 1996).

⁹³ Cette réserve au transfert de souveraineté, ainsi qu'à la reconnaissance du droit communautaire et de la compétence juridictionnelle communautaire peut se justifier, dans un premier temps du moins, par la relation étroite qui lie la garantie des droits fondamentaux à la légitimité de la souveraineté nationale cf. J.-P. Müller, 1999, (n. 2) 140 s.

⁹⁴ Pour une confirmation de la centralité des droits fondamentaux en droit communautaire, voir notamment le Projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union prévu pour les 18 et 19.10.2000, l'art. F par. 2 du Traité CE (devenu art. 6 par. 2 CE), le Préambule du Traité d'Amsterdam, les nouveaux art. 6, 7 et 12 CE, le nouvel art. 6a du Traité CE (devenu art. 13 CE), les arrêts Höchst, Rec. 1989 I 2859 et Deutsches Arzneimittel, Rec. 1992 I 2575 et, enfin, l'Avis négatif no 2/94 de la CJCE du 28.3.1996 portant sur la possibilité d'une adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. Sur les développements récents, cf. F. Sudre, "La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam", Semaine Juridique (JCP) I 1998 100 ss P. Gallagher, "The Treaty of Amsterdam and Fundamental Rights", (1998) 1 Irish Journal of European Law 21 ss. Voir encore S. Besson, 1999, (n. 1) 1137 ss pour d'autres références bibliographiques.

⁹⁵ Sur la relation de l'art. 23 par. 1 GG avec la jurisprudence Solange, cf. H. Streinz, 1999, (n. 92) art. 23 41 R. Scholz, 1996, (n. 92) art. 23 61.

⁹⁶ Cf. M. Zuleeg, 1997, (n. 34) 1023

⁹⁷ M. Zuleeg, 1997, (n. 34) 1023 ss.

En effet, premièrement, comme nous l'avons vu plus haut, l'art. 12a par. 4 GG, même s'il figure dans la partie de la Constitution consacrée aux droits fondamentaux, n'est pas un droit fondamental au même titre que l'égalité de traitement de l'art. 3 par. 2 GG qu'il restreint. Comme l'art. 2 par. 1 de la Directive 76/207/CEE offre une protection analogue à ce droit fondamental essentiel de la Constitution allemande et que le droit communautaire ne connaît pas et n'admet pas de restrictions comparables à l'art. 12 a par. 4 GG, il devrait avoir la priorité sur les restrictions de l'égalité qui en découlent.

Deuxièmement, la jurisprudence allemande a démontré récemment qu'elle adhérerait à une conception large de la primauté du droit communautaire elle a notamment consacré une convergence et une uniformité d'interprétation de l'art. 3 GG, de l'art. 119 du Traité CE (les articles 117 à 120 du Traité CE ont été remplacés par les articles 136 CE à 143 CE) et des directives européennes sur l'égalité, comme constituant une seule et unique garantie de l'égalité de traitement en droit allemand⁹⁸. Dans une affaire concernant la limitation du travail de nuit des femmes⁹⁹, la Cour constitutionnelle allemande a en effet reconnu la primauté du droit originaire et dérivé sur l'ensemble du droit allemand¹⁰⁰. La Cour constitutionnelle allemande a par conséquent renoncé à exercer son pouvoir de contrôle juridictionnel sur la qualité du droit communautaire dérivé en matière d'égalité qui était applicable en l'espèce, en omettant d'opérer un examen de la violation parallèle de l'art. 3 par. 2 GG¹⁰¹.

En conclusion, une interprétation de l'art. 12a par. 4 GG restrictive et conforme aux art. 3 par. 2 et 33 par. 2 GG, ainsi qu'à la Directive 76/207/CEE s'impose -- en attendant une révision constitutionnelle¹⁰² -- en vertu du droit constitutionnel interne, ainsi que de la primauté du droit communautaire, et ce en conformité avec les critères de validité et de compétence du droit constitutionnel interne. L'exclusion des femmes de l'armée ne se justifierait par conséquent dans le cadre du service volontaire que dans des hypothèses spécifiques qui restent à être déterminées.

Le risque de conflit constitutionnel peut donc être évité dans l'affaire Kreil avant tout grâce au respect des obligations mutuelles de droit international des parties en cause selon ces obligations, il est nécessaire que, d'une part, l'application du droit communautaire prenne en compte avec circonspection les particularités du droit national au fond et en matière de compétence constitutionnelle, comme dans l'analyse qui vient d'être faite, et que, d'autre part, une dynamique de coopération et de convergence avec le droit communautaire s'instaure en droit national, à la manière de celle qui s'est récemment développée en Allemagne. La décision de la CJCE, dans des conditions a priori si sensibles, ne peut par conséquent qu'être saluée et de telles décisions encouragées dans le futur.

III. Vers un nouveau cadre théorique

Au terme de l'analyse de l'affaire Kreil et des divers constats qu'elle a pu inspirer, il est possible de présenter l'ébauche d'un nouveau cadre théorique pour la conceptualisation des relations entre les ordres juridiques communautaire et nationaux ce cadre juridique devrait prendre en compte, d'une part, les nombreuses interactions entre ordres juridiques constatées précédemment et, d'autre part, la possibilité de prévenir par ces interactions certains conflits constitutionnels en exigeant des juridictions suprêmes respectives une meilleure prise en compte des particularités de l'autre ordre juridique en cause.

Si l'on part de la prémisse, admise plus haut, d'un ordre juridique communautaire sui generis dont la primauté sur le droit national est établie, il ne peut plus être question désormais d'invoquer la supériorité hiérarchique de l'un ou de l'autre ordre juridique ou

⁹⁸ Cf. H. Osterloh, 1999, (n. 53) art. 3 268 J. Kokott, 1999, (n. 34) 1050.

⁹⁹ BVerfGE 85, 191, 203 ss.

¹⁰⁰ Cf. M. Zuleeg, 1997, (n. 34) 1024.

¹⁰¹ BVerfGE 85, 191, 204.

¹⁰² Cf. M. Zuleeg, 1997, (n. 34) 1023.

¹⁰³ Cf. notamment sur le caractère désormais dépassé (au vu de la globalisation croissante, notamment de la protection des droits de l'homme) de l'invocation de la souveraineté nationale

une perte de souveraineté nationale¹⁰³, mais bien d'analyser la relation concurrente¹⁰⁴ et

PJA 2000 p. 563, 573

l'interaction¹⁰⁵ entre deux ordres juridiques égaux et distincts, désormais étroitement imbriqués l'un dans l'autre, ou plus exactement "intégrés"¹⁰⁶.

Il serait en effet, d'une part, absurde d'interpréter la volonté d'unification et d'intégration européenne comme impliquant l'exigence d'une subordination complète des constitutions nationales aux critères de validité du droit communautaire¹⁰⁷ la solution inverse serait encore plus invraisemblable étant donné l'importance des principes de la primauté du droit communautaire, de l'unité et de la sécurité de l'ordre juridique communautaire.

D'autre part, une telle construction correspondrait à une interprétation moniste et hiérarchique du droit international selon cette conception, l'ordre juridique international serait un système juridique unique comprenant une multitude de sous-systèmes, à savoir l'ordre juridique communautaire dont les différents ordres juridiques nationaux constitueraient un "sous-sous-système ou l'inverse"¹⁰⁸.

Cette conception moniste ne peut pas être réconciliée avec la réalité des relations entre les divers Etats membres et la Communauté premièrement, en effet, les différents pouvoirs et critères de validité du droit communautaire présupposent la validité de certaines compétences fondées en droit national en l'absence de toute validation subséquente par le droit communautaire. Ainsi en est-il de la validité de la désignation par les Etats membres des membres du Conseil des ministres de la Communauté. Deuxièmement, la procédure en cas d'amendement constitutionnel au sein de l'Union et de la Communauté passe aujourd'hui encore par le biais de traités entre Etats membres.

La primauté du droit communautaire ne saurait donc être confondue avec la subordination hiérarchique des ordres juridiques nationaux au droit communautaire et la subordination inverse ne peut pas davantage être soutenue de manière plausible. Dès lors, il convient bien plutôt de considérer quelle interprétation donner à la relation et à l'interaction entre un ordre juridique communautaire autonome et sui generis, primant

dans son sens exclusif et absolu en Europe N. MacCormick, "Beyond the Sovereign State", (1993) 56 *Modern Law Review* 1 ss. Cf. encore J. Bengoetxea, "The State on the Wane European Union, Nation-States and Stateless Nations", (1995) 15 *Iusf* 53 ss C. Richmond, "Preserving the Identity Crisis Autonomy, System and Sovereignty in European Law", in N. MacCormick (édit.), *Constructing Legal Systems, European Union in Legal Theory*, Dordrecht 1997, 47 ss. Sur la même question, mais de manière plus générale, ainsi que sur la nécessité de redéfinir les concepts de souveraineté et de citoyenneté de manière plus flexible en fonction de la nouvelle multitude (tout à la fois nationale et internationale) des niveaux de gouvernance, et ce afin d'éviter une dangereuse fracture entre démocratie et justice J. Cohen, 1999, (n. 20) 257 ssT. W. Pogge, "Cosmopolitanism and Sovereignty", (1992) 103 *Ethics* 48 ss. Sur la relation entre la protection internationale des droits de l'homme et le frein d'une conception obsolète de la souveraineté (nationale) J-P. Müller, 1999, (n. 2) 132 L. Wildhaber, "Entstehung und Aktualität der Souveränität", in G. Müller (édit.), *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel*, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Bâle 1982, 145 ss. Sur le caractère obsolète d'un concept de "fédéralisme européen cf. notamment R. Bellamy/D. Castiglione, "Building the Union The Nature of Sovereignty in the Political Architecture of Europe", in N. MacCormick (édit.), *Constructing Legal Systems, "European Union" in Legal Theory*, Londres 1997, 91 ss.

¹⁰⁴ Cf. J.-P. Müller, 1999, (n. 2) 157 "Im geschilderten neuen Verfassungsverbund erhalten die traditionellen Grundgesetze der Einzelstaaten auch ihrerseits den Charakter von Teilverfassungen, die in ihren Regelungsansprüchen mit den übergeordneten Verfassungsstrukturen der supra- oder internationalen Organisationen mitunter konkurrieren. (mis en italique par l'auteure).

¹⁰⁵ Voir, dans le cas de l'Allemagne, le "Maastricht-Urteil qui a relancé le débat entourant les conflits constitutionnels entre la Cour constitutionnelle allemande et la CJCE, mais qui consacre pourtant le principe de coopération entre la juridiction constitutionnelle allemande et la CJCE.

¹⁰⁶ N. MacCormick, 1998, (n. 2) 524.

¹⁰⁷ N. MacCormick, 1998, (n. 2) 526 s.

¹⁰⁸ Cf. H. Kelsen, *The Pure Theory of Law*, Berkeley 1967, 328 ss.

le droit national dans certaines sphères matérielles de validité commune, et les divers ordres juridiques nationaux distincts.

Deux conceptions peuvent être avancées selon lesquelles le droit international est à l'origine de la validité des ordres juridiques nationaux et communautaire, mais selon lesquelles ni l'ordre juridique communautaire ni les ordres juridiques nationaux ne sont des sous-systèmes l'un de l'autre, mais au contraire coexistent en entretenant d'étroites relations à divers niveaux sans que la validité de l'un ne dépende de l'autre ces conceptions peuvent être considérées, en vertu des différentes relations entre ordres juridiques qui les caractérisent, comme étant "pluralistes, pour reprendre les termes de MacCormick¹⁰⁹.

Ces deux conceptions pluralistes diffèrent dans leur interprétation du rôle des obligations de droit international lors de l'interaction entre droit communautaire et droits nationaux. Alors que la conception pluraliste radicale conçoit le droit international comme un troisième point de vue (non-hiérarchique) de l'interaction entre ordres juridiques communautaire et nationaux, la conception dite du "pluralisme de droit international¹¹⁰ est plus complexe.

Selon ce deuxième modèle, les obligations de droit international constituent le cadre normatif général des autres ordres juridiques et de leurs relations, et notamment de celles que noue l'ordre juridique communautaire avec d'autres systèmes. Cette conception s'applique parfaitement à l'ordre juridique communautaire, en ce qu'elle dérive de sa nature d'ordre distinct de l'ordre juridique international, mais dans lequel les parties conservent néanmoins leurs obligations de droit international, telles que le respect des traités fondateurs par exemple.

Il découle de ces deux conceptions pluralistes que la compétence des autorités suprêmes de chacun des ordres juridiques distincts doit être ultime, à savoir qu'il doit revenir à la CJCE de trancher de manière définitive les questions d'interprétation du droit communautaire et aux juridictions suprêmes nationales d'interpréter les normes constitutionnelles nationales ainsi que les questions d'interaction entre le droit communautaire et les normes fondamentales de validité de cet Etat. Admettre ces conceptions implique par conséquent que les juridictions suprêmes dans chacun des deux types d'ordres juridiques devraient être contraintes de rejeter toute restriction de leur compétence finale d'interprétation de leurs propres normes constitutionnelles par les décisions d'un tribunal extérieur au système, et ce même dans le cas des suites d'une procédure de renvoi préjudiciel au sens de l'art. 177 du Traité CE (devenu art. 234 CE). Une telle situation serait propice, on le conçoit, à engendrer certains conflits constitutionnels et la question est dès lors à nouveau celle de savoir comment prévenir, ou résoudre, ces conflits entre ordres juridiques en l'absence d'une hiérarchie entre eux.

La conception pluraliste radicale n'offre pas de réponse juridique à cette question en ce qu'elle n'en voit pas la nécessité en effet, en raison de sa conception du rôle du droit international dans les relations entre ordres juridiques communautaire et nationaux, ce modèle ne perçoit dans le conflit entre deux jugements différents issus de deux systèmes juridiques distincts que le résultat logique de leur séparation. Ce modèle ne présente donc pas de solution juridique à la difficulté pratique qu'entraîne cette incertitude quant aux droits précis des différentes parties au conflit. La seule

PJA 2000 p. 563, 574

manière de prévenir ce genre de conflits semble être politique en ce que les cours suprêmes se doivent d'adopter une attitude de prudence et de compromis dans le cadre de leurs décisions respectives.

Il convient cependant de considérer, avec MacCormick¹¹¹, que ce genre de conflits doit aussi pouvoir être soumis à certaines règles juridiques. Ces règles découlent du cadre normatif que constitue le droit international en cela, le modèle pluraliste "de droit international semble être plus adéquat. En effet, les obligations mutuelles de droit

¹⁰⁹ N. MacCormick, 1998, (n. 2) 527 ss.

¹¹⁰ "Pluralism under international law N. MacCormick, 1998, (n. 2) 529.

¹¹¹ N. MacCormick, 1998, (n. 2) 531.

international qu'ont les ordres juridiques communautaire et nationaux entraînent certains devoirs de préséance entre cours suprêmes.

Ignorer ces obligations internationales en reconnaissant aux juridictions nationales la compétence ultime et unilatérale de limiter l'application du droit communautaire en droit national¹¹² reviendrait à consacrer la fragmentation progressive du droit communautaire¹¹³. Tel semblait être le risque que la Cour constitutionnelle allemande faisait encourir, avant l'arrêt "Solange II, à l'unité de l'ordre juridique communautaire en réservant la possibilité d'un contrôle juridictionnel national des actes communautaires qui ne respectaient pas les droits fondamentaux de la Constitution allemande¹¹⁴.

Le respect de la part des ordres juridiques communautaire et nationaux de leurs obligations mutuelles de droit international implique par conséquent que les juridictions nationales ne peuvent pas présumer la supériorité absolue de leur constitution. Ceci ne revient pas néanmoins à considérer qu'elles doivent se soumettre en tout aux jugements de la CJCE l'interprétation de la CJCE de la "constitution européenne¹¹⁵ et les interprétations des juridictions nationales de leurs propres constitutions doivent en effet prendre en compte leurs obligations mutuelles de respect.

Il est même probable qu'avec le temps les différentes interprétations constitutionnelles évoquées convergent progressivement et constituent, par le biais du principe de subsidiarité¹¹⁶, une sorte de "régime constitutionnel mixte¹¹⁷ cet ensemble composite

¹¹² Voir la proposition discutée précédemment de D. R. Phelan, 1997, (n. 2) 417 ss.

¹¹³ N. MacCormick, 1998, (n. 2) 531.

¹¹⁴ Le même raisonnement s'appliquerait à la Suisse dans le cas où sa pratique parlementaire qui restreint la liberté du pouvoir constituant sur la base des droits fondamentaux constituait une pratique équivalente à celle que fonde l'art. 23 par. 1 GG, comme le suggère J.-P. Müller, 1999, (n. 2) 141.

¹¹⁵ Pour une discussion plus détaillée de la nécessité de la création d'une véritable "constitution européenne au sens classique du terme, voir notamment G. Mancini, "A Constitution for Europe", (1989) 26 Common Market Law Review 595 ss J. H. H. Weiler, "Does Europe Need a Constitution Reflections on Demos, Telos and the German Maastricht Decision", (1995) 1 European Law Journal 219 ss D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung, Munich 1995, 41 ss J. H. H. Weiler, "'... We Will Do And Hearken' (Ex. XXIV 7). Reflections on a Common Constitutional Law for the European Union", in R. Bieber/P. Widmer (édit.), Der europäische Verfassungsraum, Zurich 1995, 413 ss P. Allott, "The Crisis of European Constitutionalism Reflections on the Revolution in Europe", (1997) 3 Common Market Law Review 439 ss. Cf. également le Projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union prévu pour les 18 et 19.10.2000 qui inclurait tous les droits contenus dans les Traités de l'Union, la Convention européenne des droits de l'homme, d'autres conventions internationales, les constitutions des Etats membres et plusieurs déclarations du Parlement européen.

¹¹⁶ Cf. art. B du Traité CE (devenu art. 3b CE). Cf. dans le même contexte J.-P. Müller, 1999, (n. 2) 157 et 167 ss avec références.

¹¹⁷ Cf. N. MacCormick, "Sovereignty, Democracy, Subsidiarity", (1994) 25 Rechtstheorie 281 ss N. MacCormick, "The Maastricht-Urteil Sovereignty now", (1995) 1 European Law Journal 259 ss N. MacCormick, "Liberalism, Nationalism and the Post-Sovereign State", in R. Bellamy/D. Castiglione (édit.), Constitutionalism and Transformation European and Theoretical Perspectives, Londres 1996, 141 ss, qui parle d'un "peuple européen et d'un "commonwealth européen qui regrouperait ces structures constitutionnelles communes pour constituer une structure politique européenne nouvelle. Cf. encore R. Bellamy (édit.), Constitutionalism, Democracy and Sovereignty American and European Perspectives, Londres 1996 R. Bellamy, "The Constitution of Europe Rights or Democracy", in R. Bellamy/V. Bufacchi/D. Castiglione (édit.), Democracy and Constitutional Culture in the Union of Europe, Paris 1995, 153 ss.

¹¹⁸ Cf. J.-P. Müller, 1999, (n. 2) 157 qui parle d'un "Verfassungsverbund européen composé d'un "Geflecht de "Teilverfassungen nationales. Voir encore dans le même ordre d'idées D. Thürer, "Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft", (1991) 50 VVDStRL 97 ss J. A. Frowein, "Die Verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten", (1995) 30 Europarecht 315 ss. Sur la transformation progressive, par l'intégration européenne des constitutions nationales en différents éléments constitutionnels européens K. Hesse, "Verfassung und Verfassungsrecht", in E. Benda/W. Maihofer/H. J. Vogel (édit.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2ème éd., Berlin/New York 1994, § 1 n. 35 s. Cf. à ce sujet le Projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union prévu pour les 18 et 19.10.2000 qui inclurait tous les droits contenus dans les Traités de l'Union, la Convention européenne des droits de l'homme, d'autres conventions internationales, les constitutions des Etats membres et plusieurs déclarations du

regrouperait différentes structures constitutionnelles communes en Europe¹¹⁸, écartant ainsi peu à peu le risque de conflits constitutionnels stricto sensu.

Il est possible de mentionner quelques exemples des obligations de droit international que se doivent mutuellement les ordres juridiques communautaire et nationaux. D'une

PJA 2000 p. 563, 575

part, les juridictions nationales de dernière instance devraient examiner de manière attentive dans quelle mesure leurs garanties constitutionnelles sont conformes à leur système national au vu de l'évolution des conditions sociales, elles-mêmes influencées par le droit communautaire et la réalité internationale ce mécanisme peut être vérifié dans le contexte allemand de l'affaire Kreil où progressivement la Cour constitutionnelle allemande a reconnu la "convergence des garanties nationales et communautaires en matière d'égalité, ainsi que la nécessité d'une "coopération entre juridictions suprêmes. D'autre part, la CJCE devrait, elle aussi, porter davantage d'attention aux particularités du droit national lors de certaines de ses décisions qu'elle sait pouvoir être délicates cet effort de sensibilité accrue aux exigences constitutionnelles du droit national peut être décelé dans la démarche de l'Avocat général dans l'affaire Kreil¹¹⁹.

Il faut noter enfin que l'approche pluraliste "de droit international des relations intra-communautaires devrait permettre non seulement de réduire le risque de conflits constitutionnels par le respect de certaines obligations de droit international, mais aussi, en cas de conflit ouvert, de recourir aux modes internationaux de résolution des conflits il pourrait s'agir par exemple de l'arbitrage international ou d'autres procédures judiciaires internationales.

Conclusion

Cet article a démontré, je l'espère, que s'il existe un risque de conflits constitutionnels entre les ordres juridiques communautaire et nationaux, ce risque n'est nullement aussi important que l'on se le représente il existe en effet différents moyens de prévenir ces conflits, aussi bien pour les autorités nationales que pour la CJCE. Cette conclusion découle, d'une part, des constatations faites dans le cadre de l'analyse concrète de l'affaire Kreil et, d'autre part, de la reconceptualisation, suite à ces constatations, du cadre théorique des relations entre les ordres juridiques communautaire et nationaux.

L'affaire Kreil soulève la question apparemment conflictuelle de la légitimité de la décision par laquelle la CJCE établit qu'une garantie constitutionnelle nationale est contraire au droit communautaire et, par là, contraire aux droits national et international, alors que la plus haute juridiction administrative nationale a récemment confirmé sa validité. Au terme de l'analyse qui a été faite, il est possible de considérer qu'une interprétation restrictive de l'art. 12a par. 4 GG qui serait conforme à la Directive 76/207/CEE s'impose en attendant une révision constitutionnelle et cela en vertu du droit constitutionnel interne aussi bien que de la primauté du droit communautaire et en toute conformité avec les critères de validité et de compétence du droit constitutionnel interne.

Au vu de l'absence de risque véritable de conflits constitutionnels en l'espèce et cela grâce au respect des obligations mutuelles de convergence et de coopération des juridictions suprêmes en cause, on ne peut que se féliciter de la position qu'a adoptée la CJCE sur la violation du droit communautaire par la Constitution allemande et espérer que cette attitude face à de potentiels conflits constitutionnels puisse se retrouver dans

Parlement européen il est difficile de voir aujourd'hui déjà comment tous ces différents droits seront réconciliés en un seul instrument et quelle sera sa valeur face aux droits constitutionnels nationaux correspondants, mais un tel exercice confirme à tout le moins la tendance croissante de l'Union à protéger les droits fondamentaux et ce faisant à respecter l'ensemble que forment déjà les constitutions nationales. Finalement, sur le rôle de la Convention européenne des droits de l'homme en tant qu'élément central d'une nouvelle structure constitutionnelle européenne J.-P. Müller, 1999, (n. 2) 157 ss.

¹¹⁹ A cet égard, les conclusions de l'Avocat général A. La Pergola dans l'affaire Kreil constituent un bon exemple de traitement d'un cas délicat et potentiellement conflictuel, puisqu'elles intègrent au raisonnement de droit communautaire nombre de discussions et de références (en notes) à la jurisprudence et à la doctrine allemandes.

les décisions futures. Il découle encore de cette analyse que l'exemple allemand, dans tout ce qu'il a de semblable au "cas suisse, devrait rassurer ceux qui craignent certains conflits de compétences constitutionnelles lors d'une éventuelle prochaine adhésion de la Suisse à l'Union européenne.

Le cadre théorique des relations entre les ordres juridiques communautaire et nationaux repose sur le principe de la primauté du droit communautaire et sur une conception sui generis de l'ordre juridique communautaire dont la validité ne peut plus véritablement être contestée aujourd'hui. Cet article avait dès lors pour objectif d'établir un modèle théorique qui permette de résoudre les conflits d'obligations des juridictions suprêmes qui balancent entre le respect de leur ordre constitutionnel national et le respect de la primauté du droit communautaire.

En vertu des objectifs d'intégration communautaire, de la réalité des relations entre les ordres juridiques communautaire et nationaux et de l'analyse de l'affaire Kreil en particulier, les solutions monistes et hiérarchiques que suscitent souvent les conflits de compétences constitutionnelles doivent être considérées comme trop manichéennes. Il ne peut plus en effet être question de la supériorité hiérarchique de l'un ou de l'autre ordre juridique, mais uniquement de la relation et de l'interaction entre deux ordres juridiques égaux et distincts, bien que désormais étroitement "intégrés l'un à l'autre en vertu d'une conception "pluraliste de leurs relations. En outre, seule une conception pluraliste "de droit international permet d'établir des règles juridiques, en sus des modes politiques de résolution des conflits, aptes à trancher les conflits d'obligations entre certaines prérogatives concurrentes des juridictions nationales et communautaire.

En conclusion, une approche pluraliste des interactions intra-communautaires au sein d'un ordre juridique international plus global devrait permettre de réduire le risque de conflits constitutionnels et de les résoudre, en vertu du respect de certaines obligations mutuelles de droit international par les cours suprêmes nationales et la CJCE, comme les obligations de respect, de convergence et de coopération. Il est donc désormais possible d'espérer que ce nouveau cadre théorique permette d'écarter progressivement les risques de conflits constitutionnels en Europe et de s'acheminer par là vers la reconnaissance de certaines garanties constitutionnelles communes, jetant ainsi les bases d'une nouvelle démocratie constitutionnelle européenne.